

Pubblicato il 28/12/2023

N. 07295/2023 REG.PROV.COLL.

N. 05604/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 5604 del 2023, proposto da So.Ge.R.T. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 992345454C, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 37;

contro

Comune di Cardito in P.L.R.P.T. Sindaco Ing. Giuseppe Cirillo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Pipola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ge.Te.T. S.p.A., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa adozione di idonee misure cautelari, della Determina n. 429 del 6.10.2023, pubblicata sull'Albo Pretorio il 12.10.2023, con la quale il Responsabile del Servizio Finanziario del Comune di Cardito, prendeva atto del verbale n. 3 del 22.9.2023 contenente la proposta di aggiudicazione e, approvata la graduatoria delle ditte concorrenti, aggiudicava in favore della GE.TE.T. S.p.A. la gara avente ad oggetto il "SERVIZIO DI TESORERIA COMUNALE PERIODO 2024 -2028". CIG: 992345454C"; del verbale di gara n. 1 del 12.9.2023 (seduta pubblica) nella misura in cui la Commissione di gara ammetteva alla prosecuzione della procedura la GE.TE.T. S.P.A. pur in assenza del requisito di capacità tecnico-professionale elencato previsto all'art. 2 par. 2) lettera f) della lex specialis; del verbale di gara n. 3 del 22.9.2023 (seduta pubblica) nella misura in cui la Commissione, all'apertura e valutazione delle offerte economiche, non provvedeva all'esclusione dalla procedura la GE.TE.T. S.P.A., per l'omessa indicazione del costo della manodopera ex art. 95 comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016, e formulava nei confronti di quest'ultima la proposta di aggiudicazione della gara; della nota prot. n. 14239 del 15.11.2023 con cui il RUP accoglieva solo parzialmente l'istanza di accesso agli atti promossa dalla ricorrente, negando l'ostensione dell'offerta tecnica della GE.TE.T. S.P.A. unitamente alla documentazione attinente alla fase di verifica dei requisiti dichiarati dall'aggiudicataria; per quanto occorra, del Bando e del Disciplinare di gara ivi compresi i verbali tutti di gara; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nel corso della definizione del giudizio, ai sensi dell'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010, nella misura in cui non ricomprende la società ricorrente; per la reintegrazione in forma specifica da disporsi mediante l'obbligo, a carico della Stazione appaltante, di disporre l'aggiudicazione della gara in favore della SO.GE.R.T. S.P.A. provvedendo, per l'effetto, alla sottoscrizione del relativo contratto; in via di estremo subordine, per la condanna della resistente al risarcimento per equivalente dei danni subiti, nella misura in cui verranno provati in corso di giudizio e, comunque, non inferiore all'utile di impresa, maggiorato dei pregiudizi patrimoniali per danno curricolare, oltre interessi e rivalutazione monetaria, commisurato al valore

dell'eventuale servizio svolto ed al pertinente corrispettivo che dovesse essere ingiustamente sottratto alla società ricorrente nelle more della definizione nel merito della controversia

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cardito in P.L.R.P.T. Sindaco Ing. Giuseppe Cirillo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2023 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente impugna la determina n. 429 del 6.10.2023, pubblicata sull'Albo Pretorio il 12.10.2023, con la quale il Responsabile del Servizio Finanziario del Comune di Cardito, ha preso atto del verbale n. 3 del 22.9.2023 contenente la proposta di aggiudicazione e, approvata la graduatoria delle ditte concorrenti, aggiudicava in favore della GE.TE.T. S.p.A. la gara avente ad oggetto il "SERVIZIO DI TESORERIA COMUNALE PERIODO 2024 -2028".

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 PARAGRAFO 2) LETTERA F) DEL BANDO E DISCIPLINARE DI GARA – CARENZA DEI REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICO-PROFESSIONALE - CARENZA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE – VIOLAZIONE DELL'ART. 83 COMMA 1 LETTERA C) DEL D.LGS. N. 50/2016 – VIOLAZIONE DELL'ART. 86 DEL D.LGS. N. 50/2016 - ECCESSO DI POTERE SOTTO-FORMA DI CARENZA DI ISTRUTTORIA – ERRONEA PONDERAZIONE DELLA FATTISPECIE CONTEMPLATA – ALTRI PROFILI, in quanto la GE.TE.T. S.P.A. sarebbe priva del requisito di capacità tecnico-professionale

richiesto all'art. 2 par. 2) lettera f) dalla *lex specialis* (cfr. pag. 3 del Bando e Disciplinare) che richiede all'operatore economico di "aver gestito continuativamente negli ultimi tre esercizi chiusi il servizio di tesoreria in almeno 2 enti locali con popolazione residente pari o superiore a quella della Stazione Appaltante". La GE.TE.T. S.P.A. ha dichiarato (cfr. pag. 18 del DGUE) di aver svolto il servizio di tesoreria presso i seguenti Enti: - Comune di Trentola per l'anno 2020; - Ambito Socio Sanitario C6 per l'anno 2012 (presumibilmente sino ad oggi); - Consorzio Lauro Baianese per l'anno 2022. Secondo i dati del censimento, il Comune di Cardito ha una popolazione per gli anni 2020, 2021 e 2022 maggiore a 21.000 abitanti e, dunque, superiore al Comune di Trentola che vanta un numero di abitanti inferiore a 20.500 (per gli anni 2020, 2021 e 2022).

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 95 COMMA 10 DEL D.L.GS. N. 50/2016 – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO DI LEGGE – AMMISSIONE ILLEGITTIMA DI UN'OFFERTA ECONOMICA ELUSIVA DELL'IMPIANTO NORMATIVO VIGENTE - ECCESSO DI POTERE – CARENZA DI ISTRUTTORIA – ERRONEA PONDERAZIONE DELLA FATTISPECIE CONTEMPLATA – ALTRI PROFILI, in quanto la controinteressata – diversamente dalla società ricorrente – avrebbe omesso di indicare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendale in violazione dell'art. 95 comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016. Dall'analisi dell'offerta economica formulata dalla controinteressata, infatti, emergerebbe che "il documento di offerta economica" - appositamente integrato da entrambi i concorrenti N.d.r. - è privo dell'indicazione dei costi che la concorrente dovrebbe sostenere. Il medesimo principio è stato affermato con la sentenza n. 3872 del 27.6.2023 (impugnata in appello, cfr. Cons. St. R.G. n. 6525/2023 con udienza pubblica fissata per il p.v. 11.1.2024), che nei confronti proprio della SO.GE.R.T. S.P.A. e della GE.TE.T. S.P.A., ove è stato chiarito che il servizio di tesoreria non

può considerarsi di natura “intellettuale”, apparendo pertanto doverosa l’esclusione dell’operatore economico che ha omissso, nella propria offerta economica, l’indicazione dei costi della manodopera.

Il Comune si è costituito e ha depositato una memoria, per chiedere il rigetto del ricorso.

In particolare ha rilevato che il Comune di Trentola ha allo stato un numero di abitanti pari a 22.195, come da certificazione del Segretario Generale dello stesso Comune, depositata in atti, mentre quello di Cardito è pari a 21.599 almeno nell’anno 2022 (anche negli anni pregressi non superava il detto numero), come da dati anagrafici esibiti dalla stessa SOGERT ed agli atti di gara. Nella stessa certificazione, si attesta – secondo la difesa del Comune - che la GETET SpA ha svolto presso lo stesso Comune di Trentola per tre anni servizi di tesoreria al dal 29.05.2020 in corso di esecuzione; ne consegue che la GETET risulta provvista del requisito di capacità tecnico-professionale di svolgimento del servizio nel triennio (2020 - 2021 - 2022) in due Enti con una popolazione residente pari o superiore al Comune di Cardito, così come espressamente previsto dall’art. 2 par. 2) lettera f) della *lex specialis*.

L’esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica paventata da parte della ricorrente sarebbe, secondo il Comune, palesemente ingiustificata, atteso che la *lex specialis* in nessuna parte richiedeva ai concorrenti di specificare gli oneri della sicurezza aziendale e a maggior ragione, quindi, detto adempimento era richiesto a pena di esclusione.

All’odierna udienza, udite le parti presenti, che non hanno formulato opposizioni, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato e va accolto in relazione al secondo motivo di ricorso.

E’ incontestato che l’offerta economica della aggiudicataria non contenesse la separata indicazione dei costi di manodopera (v. doc. 5 allegato al ricorso).

Va in primo luogo rilevato, quanto alla obiezione mossa dal Comune concernente la circostanza che la *lex specialis* non richiedeva nel caso di specie la separata indicazione dei costi di manodopera, che, in materia, la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8; Corte di giustizia UE, sez, IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l.) ha fissato i seguenti indirizzi interpretativi:

- a) la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara;
- b) tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta);
- c) l'esclusione dalla gara va disposta anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della “legge di gara”. Ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo;
- d) in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era “comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato” (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.). Tali costi debbono in altre parole essere espressamente “indicati” e giammai soltanto “considerati” o comunque contemplati (cfr., sul punto, la distinzione contenuta nella sentenza del TAR Sicilia, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1553);
- e) unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da

ingenerare “confusione” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di “spazio fisico” nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento. A tutela del “legittimo affidamento”, dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato (mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia). Applicando tali principi al caso in esame, deve essere affermato che sussisteva, a pena di esclusione, l’obbligo di indicazione separata dei costi di manodopera anche in assenza di specifica richiesta del bando, essendo tale obbligo imposto dalla legge. Inoltre, non sussiste, nel caso di specie, nemmeno l’eccezionale ipotesi derogatoria delineata dalla giurisprudenza, atteso che la ricorrente è pacificamente riuscita ad indicare detti costi della manodopera, senza che vi fosse di ostacolo la modulistica predisposta dalla stazione appaltante.

Infine, nemmeno è condivisibile l’ulteriore obiezione mossa dal Comune, secondo il quale l’obbligo di separata indicazione dei costi di manodopera non sussisterebbe nel caso di specie trattandosi di servizi di natura intellettuale.

Come affermato da questo Tribunale, con la sentenza n. 3872 del 27.6.2023, che il Collegio ritiene di condividere, il “*servizio di tesoreria comunale così come disciplinato dal Decreto legislativo n. 267/2000*” non può ritenersi di natura intellettuale nei sensi di cui all’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 (che «*esonera*», in tali casi, dall’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza).

Infatti, per servizi di natura intellettuale si devono intendere quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all’organizzazione di mezzi e risorse; al contrario va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l’esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l’elaborazione di soluzioni

personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati (Cons. St., Sez. V, 21/02/2022, n.1234; Id., 12/02/2021, n.1291; Id., 28/7/2020, n. 4806).

Viceversa nel caso di specie, come reso evidente dal contenuto del servizio, così come declinato dall'art. 209 del T.U.E.L. – a mente del quale il servizio di tesoreria consiste “*nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie*” – le attività richieste hanno in gran parte una connotazione fortemente automatica e ripetitiva e risultano sovente eseguite attraverso supporti informatici (cfr. art. 213 T.U.E.L.), come nel caso delle operazioni di incasso e pagamento, delle attività di rendicontazione, dell'attività di elaborazione dei flussi per il calcolo degli interessi, senza che l'enfasi riposta dalla parte controinteressata sul sintagma “*gestione*” possa condurre a un diverso esito qualificatorio, trattandosi di elemento letterale a tal fine evidentemente insufficiente e, comunque, dalla chiara connotazione sintetico-descrittiva, meglio specificato, nella sua concreta dimensione contenutistica e nelle sue implicazioni operative, nel proseguo della disposizione, come prima riprodotta.

Né può condividersi quanto affermato dal Comune di Cardito secondo il quale la dichiarazione di possesso dei requisiti di GETET, depositata nel documento di offerta tecnica, ove si precisa di “aver valutato e tenuto in debita considerazione i costi derivanti dall'obbligo di rispettare le norme di cui al d.lvo 81/2008 e tutta la normativa vigente in materia di sicurezza e lavoro “ evidenzerebbe la disponibilità dell'aggiudicataria a sostenere questi oneri per lo svolgimento delle attività oggetto dell'appalto.

Si tratta infatti di una dichiarazione generica e priva della espressa quantificazione dei costi di manodopera, inidonea a soddisfare il requisito richiesto dalla legge.

La mancata indicazione del costo della manodopera da parte della Ge.Te.T. s.p.a. non risulta quindi giustificabile. La sua offerta avrebbe pertanto dovuta essere esclusa.

Di conseguenza, deve essere anche annullato il conseguente provvedimento di aggiudicazione alla Ge.Te.T., con assorbimento delle censure di cui al primo motivo di ricorso.

In conclusione, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e degli ulteriori atti impugnati.

Non risulta che sia stato stipulato il contratto, pertanto non vi è luogo a provvedere sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti del Comune di Cardito mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata, non costituitasi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Cardito al pagamento delle spese del presente procedimento, liquidandole in euro 2.500/00 oltre oneri di legge. Compensa le spese nei confronti della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Daria Valletta, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Maria Laura Maddalena

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO